

ÉRTEKEZÉSEK

A TÁRSADALMI TUDOMÁNYOK KÖRÉBŐL

KIADJA

A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA

TIZENNEGYEDIK KÖTET

A II. OSZTÁLY RENDELETÉBŐL

SZERKESZTI

PAUER IMRE és FEJÉRPATAKY LÁSZLÓ

BUDAPEST

KIADJA A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA

1915

3 136 02

TARTALOM

1. A jogtalanság mint a büntetendő cselekmény ismérve. Székfoglaló értekezés. *Finkey Ferencz* 1. tagtól.
2. Az ősember kritikai méltatása. Székfoglaló értekezés. *Platz Bonifác* 1. tagtól.
3. Interpretatio és szokásjog a római jogban. *Kiss Gézá*tól.
4. Visszalépés a kísérletől, eredményelhárítás és jóvátétel. Székfoglaló értekezés. *Angyal Pál* 1. tagtól.
5. Az északamerikai büntetőjog mai vezéreszméi és reformintézményei. *Finkey Ferencz* 1. tagtól.
6. A római obligatio fogalmilag véve. Székfoglaló értekezés. *Farkas Lajos* 1. tagtól.
7. A szövetkezetek alapelve. *Dr. Galovits Zoltán*tól.
8. Jogállam. *Balogh Arthur* 1. tagtól.
9. A paläolith ember. *Platz Bonifác* 1. tagtól.
10. Egyén és társadalom. Székfoglaló értekezés. *Dr. Giesswein Sándor* 1. tagtól.

Az I—IX. füzetet szerkesztette *Pauer Imre*, a X. füzetet *Fejérpataky László*.

ÉRTEKEZÉSEK

A TÁRSADALMI TUDOMÁNYOK KÖRÉBŐL.

KIADJA A MAGYAR TUD. AKADEÉMIA.

A II. OSZTÁLY RENDELETÉBŐL

SZERKESZTI

DR PAUER IMRE

OSZTÁLYTITKÁR.

XIV. KÖTET. 3. SZÁM.

INTERPRETATIO ÉS SZOKÁSJOG A RÓMAI MAGÁNJOGBAN

DR KISS GÉZÁTÓL

(Olvastatott a M. Tud. Akadémia 1909. május 10-én tartott ülésén.)

Ára 40 fillér.

BUDAPEST

KIADJA A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADEÉMIA

1909.

INTERPRETATIO ÉS SZOKÁSJOG

A RÓMAI MAGÁNJOGBAN

D^R KISS GÉZÁTÓL

(Olvastatott a M. Tud. Akadémia 1909. május 10-én tartott ülésén)



BUDAPEST
KIADJA A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA

1909

TARTALOM.

	Lap
I. Bevezetés. A jogforrásokra vonatkozó ú. n. uralkodó elmélet. Ennek tarthatatlansága. Az irodalom állása. Új szemlélet csirái jelentkeznek, melyek arra utalnak, hogy az »íratlan jog« jogi jelentősége a jogalkotó interpretatióra vezetendő vissza.	
A jelen tanulmány célja: ezt a római jogi forrásokkal megerősíteni	1
II. A római forráshelyekben található <i>elmélet</i> . Pomp. D. 1. 2. 2. 1. sq. Ennek alapja: a <i>görög</i> elmélet. A νόμος ἄγραφος. Ulpianus — Aristoteles.	
Aristoteles jogforrási theoriája. Az ἐπιστήμη, mint a νόμος ἄγραφος-t előidéző productiv jogalkalmazás alapja ..	10
III. Aristoteles elméletének <i>gyakorlati</i> igazolása a római forráshelyekkel. Az uralkodó elmélet szerinti »szokásjog«-ra valló jelenségek csupán a XII táblás törvény előtti korszakban észlelhetők. Egyébként és azóta az íratlan jog:	
1. vagy a törvényes rendelkezés aequitason alapuló analog kiterjesztése (jogász-jog);	
2. vagy az érdekelt körök tényleges szokásainak alkalmazása, ugyancsak az aequitasra támaszkodó interpretatio alapján	15
Befejezés	22

AZ INTERPRETATIO ÉS »SZOKÁSJOG« VISZONYA A RÓMAI MAGÁNJOGBAN.

ADATOK A JOGI KÚTFŐK ELMÉLETÉHEZ.

I.

Alig van problema, a melylyel szemben úgy a bölcséleti, mint a tételes jog tudománya oly tehetetlenül, eredménytelenül állana, mint az a nagyfontosságú, alapvető kérdés, melyet közönségesen a *jogforrások* vagy *jogi kútfők* elméletének nevezünk. Eredménytelenül a bölcséleti jog, mert az évszázadok óta vitatott és kutatott nagy rejtély: a *jog kötelező erejének oka*, végső alapja, még ma is épp oly megoldatlan, mint volt akkor, midőn a tudomány kutató szelleme első ízben vetette föl e problémát. A kérdés állásának kezdettől fogva találó jellemzése: »quot capita, tot sensus« ma inkább áll, mint valaha. És sajátságosan ugyanazt az inkább negatív eredményt állapíthatjuk meg mindazokban a legújabb tanulmányokban is, a melyekkel a tudomány legelső emberei iparkodtak megoldásra jutni: a kritikai rész, az eddig fölmerült felfogások megbírálása kitűnően sikerül, míg a pozitív rész, a megoldásra törekvő új elmélet megint csak arra való, hogy a legközelebb napvilágot látó újabb értekezés kritikai részében foglalt sikerült megjegyzések és ellenvetések számára hálás themául szolgáljon.

De nemcsak e mélyreható bölcséleti kérdés sorsa ez. A problema sajátságos *tételes-jogi* oldalának megvilágítása sem járt nagyobb eredménnyel. Az eddig fölállított elméletek — közöttük elsősorban a ma uralkodó theoria — nemcsak az említett bölcséleti kérdésre nem tudott megfelelni, de a tételes jogalkalmazás

jelenségeit sem tudta az óhajtott methodikai alapra visszavezetni.

Az uralkodó elmélet tudvalevőleg az írott és nem írott jog megkülönböztetéséből indul ki. Az írott jogot, melynek prototypusa a törvény, a jogalkotó tényező keletkezésekor kötelező formába foglalja, szövegezi, kihirdeti. Az íratlan jog az ugynevezett szokásjog, mely a nemzet cselekedeteiben közvetlenül jut kifejezésre, jogi aktusokban ismételtlen fordul elő és kötelező erejét a nép meggyőződéséből, valamint a hosszú gyakorlatból meríti. Mert — így tartja ezt az uralkodó felfogás — minden jog alapja a nép meggyőződése (mások formulázása szerint : akarata), mely kétféleképpen nyilatkozik meg : közvetve, az állam törvényhozó szerve (azaz képviselő) útján (törvény, írott jog), és közvetlenül : magának a népnek »concludens factum«-aiban, minden alaki actus mellőzésével. Szükségképpen következik e szemléletből, hogy a két kútfő mindenben egyenlő rangú.

Mint említettük, ez az elmélet a tételes jogalkalmazás igényeinek sem felel meg. Miből ismerje fel a bíró a nép meggyőződését? Hol vannak azok a jogászilag körvonalozható kriteriumok, a melyekből a szokásjog alkalmazandó szabályai, mint az írott tételekkel egyenlő rangú rendelkezések megállapíthatók? És ha nincsenek — a mint hogy a tudománynak napjainkig nem sikerült emezeket megtalálni —, mi védi meg a törvény föltétlenül kötelező erejét, a vele »egyenlő rangú« szokásjog ürügye alatt érvényesülő bírói subjectivitással szemben? Mi a szokásjog eredete, természete, hatálya, hogyan bizonyítható és alkalmazható?

Nincs szakember, ki lemondó resignációval be ne ismerné, hogy e fontos kérdések valamennyien megoldatlanok. És ha a probléma e vigasztalan helyzetét egybevetjük azzal a körülménnyel, hogy megoldásán tudományunk legjobbjai fáradoztak : önkénytelenül is felmerül a kérdés : vajjon nincs-e igazuk azoknak, kik ennek az eredménytelenségnek okát magának a kiindulási pontnak helytelenségében látják? akik az »írott jog« és »nem írott jog« megjelöléseinek tulajdonított tartalom realitását kétségbevonják és a kérdés »gyökeres revisióját«, a megoldási kísérletek új alapra fektetését sürgetik?

Különböző oldalról merültek föl e megjegyzések, egymástól függetlenül, különböző nemzetek fiai és különböző jogi disciplinák

művelői részéről, — és így egymásra gyakorolt kölcsönös hatás nélkül. Talán ez a körülmény is közrejátszott arra nézve, hogy e törekvések izoláltan maradtak. *Ihering* volt az, a ki a történelmi jogiskola jogforrási elméletének lesújtó bírálata kapcsán az itt érintett radikális revisio szükségességére is utalt. A »népmeggyőződés« jogi jelentősége — szerinte — véget ér akkor, mihelyt valamely nemzet a törvényhozás alakilag is kifejezésre jutó funkcióját megvalósítja. Ettől az időponttól kezdve minden jogalkalmazás a törvény és annak értelmezése körül forog. »Keleten — úgymond — az ókorban tényleg úgy ment végbe lényegileg a jog keletkezése, a mint *Savigny* tanítja, de a mai világban éppen ellenkezőleg oly módon, hogy az egész modern jogfejlődés a legélesebb ellentétben áll az antikkkal és a keletivel.«¹⁾ Erélyes tiltakozás ez az uralkodó elmélet alapgondolata ellen, mely a szokásjogot, mint közvetlenül a nép jogi meggyőződésén alapuló jogi kútfőt, a törvény mellé állítja, azzal egyenlőrangúvá teszi.

Egész függetlenül a nagy német romanista fejtegetéseitől foglalnak állást hasonló szellemben *angol* civilisták és jogbölcselek.²⁾ »Annak daczára — mondja egyik legújabb jogbölcseleti tanulmány³⁾ — hogy a történelmi jogiskola elmélete

1) Különösen »Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung« (id. az 1854-iki kiadás szerint). I. k. 9. o., 25. s köv. o., valamint III. k. 1. f. 25. §. végig.

2) V. ö. mindenekelőtt *Maine-Sumner*: A jog őskora, összekötése a társadalom alakulásának történetével stb. (*Pulszky* ford. szerint idézve. M. Tud. Akadémia könyvkiadóvállalata Budapest, 1875.) 12. s k. o., 18. s k. o. — Szigorúan jogászai szempontból *Austin* »Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive Law. 3. Ed., rev. and ed. by Robert Campbell. II. köt. London, Murray, 1869. XXVIII., Lect. 527—545., 655. s k. o. — *Holland*: The elements of Jurisprudence (legújabb kiad. 10., 1906., itt a 3. kiad. után idézve, Oxford, Clarendon Press, 1886.) 55. és köv. o. — *Salmond*: Jurisprudence or the Theory of the Law (2. kiad. 1907. szerint idézve) 152—153. o. — *Brown*: The Austinian Theory of Law (London. Murray. 1906.) 288 s k. o. — Ugyanitt említendő *Pollock*: »The science of case Law« című szellemes tanulmánya. (Essays in jurisprudence and ethics) című munkában. London. Macmillan, 1882.) IX. köt. 237—260. o. — L. ide vonatkozólag »A jogforrások elmélete az angol irodalomban« című értekezésemet. (Jogállam. VII. 1908., 749. s k. o.)

3) *Salmond* id. h.

oly nagy nevekkel dicsekszik, mégis mindvégig egyértelmű elutasításra talált az angol jogászok részéről, mert úgy az egészséges gondolkozásmóddal, mint a jog természetével ellenkezik. « Szerintük csak az jog, a mit vagy a törvény jelent ki, vagy a bíró a törvény teljes tartalmának kiaknázása révén mint új elvet alkalmaz. És itt mindjárt a *hazai* jogbölcseleti tudomány kimagasló alakját: *Pulszky Ágostot* kell említenünk, a ki az angolok negatív értékű állásfoglalását pozitív elmélettel egészítette ki, midőn kiemelte, hogy a *jogforrás* megjelölés az uralkodó elmélet tanításában a *jogi forma és tartalom* különbözőségét nem részesíti figyelemben, holott épp ez a különbség kell, hogy e téren alapvető gondolatul szolgáljon.¹⁾

Hasonló nyomokon haladtak — bár egymástól egészen függetlenül — *Laband*,²⁾ *Binding*,³⁾ *Bülow Oszkár*,⁴⁾ majd *Bergbohm*⁵⁾ és *Neukamp*⁶⁾ (utóbbi részben kifejezetten *Pulszky Ágost* »Jog- és állambölcseleté«-nek hatása alatt); újabban *Lambert*⁷⁾ és *Ehrlich*.⁸⁾

Mindezek — legerélyesebben minden esetre *Bergbohm* — arra utalnak, hogy »az egész szokásjog fogalmát alapjában véve hely-

1) »Jog- és állambölcselet aaptanai« cz. m.-ban. A külföldi irodalomra gyakorolt hatás szempontjából l. a mű angol kiadását: *The Theory of Law and Civil Society* (London, 1888.) 225. §. 395. s k. o. (L. a 6. jegyzetet.)

2) *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*. (3. kiad. 1895. szerint id.) I. k. 54. §. 489. s k. o., 57. §. 553. s k. o.

3) *Handb. des Strafr.* [Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. (VII. k. I. r.)] I. k. (1885.) 197. s k. o.

4) *Gesetz und Richteramt*. Leipzig, 1885. 2. s k. o.

5) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. I. (1892.) 517. s k. o.

6) *Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts. Referat und Kritik*. Archiv für bürgerliches Recht. XII. évf. (1897.), 89—184. o.; kül. 142., 162., 176. o. V. ö. még *Neukamp*: »Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts.« (1895.) 28. s k. o.

7) *La fonction du droit civil comparé*. I. k. Les conceptions étroites ou unilaterales. Paris, 1905. 112. s k. o.

8) Úttörő jelentőségű Ehrlichnek »Über Lücken im Recht« című érdemes, de egészen a legutóbbi ideig kevésbé méltányolt cikksorozata a bécsi *Juristische Blätter* 17. évf.-ban. (1888.) Az ott érintett eszméket tüzetesebben fejtegeti »Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen« cz. m. I. k.-ben. (das ius civile, ius publicum, ius privatum). Berlin, 1902. és *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*. 1907.

telenül concipíálták, mihez képest a törvényjoggal szemben más ellentéttel kellene azt felcserélni. Hogy mi legyen az a »más ellentét«? ez iránt — természetesen, — alig találunk határozott útmutatást.¹⁾ Annyit azonban alapirányként állapíthatunk meg, hogy a jogalkotó judicatura intézményi elismerésének térfoglalása ²⁾ karöltve jár a hégzagpótló interpretatio jogforrási szerepének elfogadásával.³⁾ Határozott utalásokat találunk arra nézve, hogy az uralkodó elmélet »szokásjoga« üres fictió, mely reális tartalmat a jogforrások teoriájának kiépítésénél csupán a jogalkotó törvényértelmezés szempontjának érvényesítése mellett nyerhet.⁴⁾

¹⁾ *Bergbohm* teljesen megelégszik a negatív kritikai eredménnyel. *Laband*, *Binding* a »jogi gondolat« és »jogi akarat« szerinti elemzés alapján a jogi forma és jogi tartalom között fennálló ellentétre utalnak, de alig hogy épen érintik a megjelöléseket. A részletes megvilágítással adóscok maradnak. Ugyanez áll *Neukamp* fölfogására is, ki még élesebben tünteti fel az általánosan kötelező törvénytételt (*Regelrecht*) és a bírói törvényértelmezés révén előálló ad hoc érvényes bírói jogszabály (esetjog, »*Fallrecht*«) *summa divisio*ját, de *Entwicklungsgeschichte*-jének (40. old. 9. j.) II. kötete, melyben az elmélet behatóbb kifejtését kilátásba helyezte, mindeddig nem jelent meg. Ugyanezt az ellentétet emeli ki — más irányban — *Bülow* is; újabban: »*Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft; ein Beitrag zur Theorie des Gesetzes und Gewohnheitsrechts*, 1905. 75. s. k. o., valamint *Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*. (Das Recht cz. folyóirat 10. évf. 1906., 769. s. k. o.).

²⁾ Különösen a »szabadjogi« mozgalom fellépése óta kifejlődött irodalomban, mely azonban mindeddig szintén csak utalásokra szorítkozott e kérdésben; az irodalom összefoglalását l. *Hedemann* ismertetésében: *Archiv für Bürgerliches Recht*, 31. k. 296. és k. o. és 34. k. 115. s. k. o. V. ö. különösen *Stier-Somlo*: *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, Festgabe für Laband, Tübingen, 1908., 445. s. k. old., kül. 463. s. k. o. — *Gmür*: *Die Anwendung des Rechts nach Art. I. des schweizerischen Z. G. B.* Bern 1908., kül. 71. s. k. o. — *Oertmann*: *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, Leipzig, 1909. 9. s. k. o. — *Fuchs*: *Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, 1909. I. s. k. o.

³⁾ V. ö. különösen *Stampe*: *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*. Greifswald 1907. 4. s. k. o. *Neukamp* i. h. *Gmür* id. m. 71. s. k. o., kül. 79. o.

⁴⁾ V. ö. *Bülow*: *Gesetz und Richteramt*. VII—XII. és 16. s. k. o.; igen jellemző *Austin* 533. o. és *Holland* 55. o.

Találóan mondja legújabbán *Spiegel*: *Jurisprudenz und Sozial-*

Az itt csupán csirájukban található gondolatoknak czéltudatos és mindenekfölött rendszeres kifejtése a kútfők problémájának eddig oly sikertelen földolgozására bizonyára üdvös hatással lehetne. Érdekes és hálás feladat volna a kutatás körébe vonható jogtörténelmi és dogmatikai anyag beható áttanulmányozása alapján elbírálni, vajjon az írott joggal szemben minden jogrendszerben érvényesülő »nem írott jog« más-e mint a törvények értelmezése és alkalmazása révén létrehozott bírói jog? Mert: ha nem, akkor az új elmélet realis alapgondolatát igazolhatnók és a mai »szokásjog« fogalmával végleg szakíthatnánk.

A következőkben legyen szabad azokat a positiv adatokat előterjesztenem, melyekkel igazolni vélem azt, hogy a római-jogi, valamint az ezekkel kapcsolatban tekintetbe jövő görög forráshelyek a most említett irány helyességét igazolják és így az uralkodó elmélet alapgondolatának megdöntésére alkalmasak.

II.

Azok a római jogi forráshelyeink, melyek a kérdés általános elméleti megítélésével foglalkoznak, minden kétséget kizáró módon vallják azt a felfogást, hogy a nép meggyőződésén alapuló consuetudo, vagy más szóval az uralkodó elmélet szellemében felfogott »szokásjog« ¹⁾ — csupán a XII táblás törvényt megelőző korszakban ismerhető el. Jellemzően tanúsítja e nézetüket Pomponius Enchiridion-jának ismert fejtegetése (D. 1. 2. 2. 1.), melylyel a római jog kútfőinek rövid történelmi áttekintését adja.

»... Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege

wissenschaft, Grünhut's Zeitschr. 36. k. 16—17. o.: In allen Lehrbüchern wird ausgeführt, dass es neben dem Gesetzesrecht auch Gewohnheitsrecht gibt, wobei dann freilich die Frage erörtert wird, ob und inwieweit der betreffende Staat ein Gewohnheitsrecht zulässt... *Aber dieses Gewohnheitsrecht ist nur ein Sammelname, ein Verlegenheitsausdruck.* Es handelt sich dabei um sehr verschiedene Tatsachen. Damit, das man die Gewohnheit als Rechtsquelle bezeichnet, *ist gar nichts gesagt...*»

¹⁾ A római jogi forráshelyeknek a szokásjogot (iratlan jogot) illető megjelöléseire nézve lásd Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. I., Geschichtliche Grundlegung. (1899.) 2. §. 6—12. o.

certa, sine iure certo primum agere instituit...», mely megjegyzés e korszak törvényhozásának hiányára és a szokások hézagpótló szerepére utal.¹⁾ Ez különösen a történetíró közvetlenül ezután tett észrevételeiből tűnik ki, említi ugyanis a későbbi királyok törvényhozó munkásságát, mint a mely tevékenység mintegy episodszerűen ékelődik bele a szokásjog uralmának e korszakába, s mindjárt megjegyzi, hogy e törvények rövid éltűek voltak; a királyok elűzetésével elavultak és a római nép ismét visszatért a bizonytalan joghoz, a »ius incertum«-hoz, azaz régi szokásaihoz »E korszak, — úgymond — még mintegy húsz esztendeig tartott.«

Csak ezután következett be a római jog történelmének az a korszakalkotó mozzanata, mely — Pomponius szerint is — egyszerismindenkorra véget vet ennek az állapotnak: a tizenkéttáblás törvénynek meghozatala. Ettől kezdve új korszak nyílik meg a jog alkalmazására nézve: a régi szokásjog uralkodó ereje megszűnt, a jogélet jelenségeit a törvény szerint kellett megítélni. Ez tette szükségessé a törvény alkalmazásának alapjául szolgáló értelmezést, a jogtudósok magyarázatát, a híres római »interpretatiót«, a mely a törvény szellemének fölismerését, a törvényben rejlő, kimeríthetetlenül gazdag anyag kiaknázását eredményezte. Az »interpretatio«-nak, az »auctoritas prudentium« tevékenységének az eredménye alkotja a rómaiak értelemben vett »ius non scriptum«-ot. A rómaiaknak ez az »íratlan joga« ebben a korszakban egyáltalán nem vonatkozik a nép meggyőződése (vagy akarata) által közvetlenül létrehozott jogszabályokra. Ilyen jogforrást ők a tizenkéttáblás törvény utáni korszakra nézve nem ismernek el. Az ő »ius non scriptum«-uk ellenben mindazt a *többletet* jelenti, a mit a jogtudósok értelmezése a törvény szószerinti jelentéséhez, vagy pontosabb megjelöléssel élve a törvénynek közvetlenül kifejezett tartalmához hozzáteszen.

»... Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur... sed communi nomine appellatur ius civile.«

¹⁾ L. erre nézve *Vécsey*: »A római jog institúciói.« (4. kiad. 1907. szerint idézve.) 27., 145. o.

Még határozottabban utal azonban a nem írott jog kapcsolására a törvényértelmezéssel mindjárt a következő szakaszokban, a hol kétségtelen bizonyossággal állapítja meg, hogy az a *ius civile*, a mely »tulajdonképen« a szóbanforgó nem írott jogot jelenti, a tizenkéttáblás törvényből kezdett keletkezni:

»... lege duodecim tabularum ex his fluere coepit *ius civile*« ... »Omnium tamen harum... interpretandi scientia... apud collegium pontificum erat... et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.« Majd ismét összefoglalván a kútfői rendszerre nézve mondottakat, az írott és nem írott jog megkülönböztetésénél ez utóbbit ekként határozza meg: 12. §.: »... proprium *ius civile*, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.«

Ezekből a kijelentésekből jellemzően világlik ki a római álláspont, a mely az első rendszeres codificációnak és ezzel a jog írásba foglalásának actusát korszakalkotó stadiumként ismerte fel. Míg az azelőtti, a tizenkéttáblás törvényt megelőző korszakra nézve a szokásjognak praedomináló szerepet tulajdonít,¹⁾ addig az említett esemény a törvény kifejezett és kizárólagos uralmát eredményezte.

Minden jogforrás a törvénynyel függ össze, vagy közvetlenül: maga a törvényes rendelkezés, — vagy közvetve: a törvény értelmezése útján nyert új elv, avagy jogszabály. Csakis az lehet az értelme a Pomponius-féle definíciónak: »*ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus*«, »*quod in sola prudentium interpretatione consistit*«.

Mindaz tehát, a mit az ebben az értelemben vett törvényértelmezés a törvény szelleméből ily módon kifejtett, alkotta a római felfogás szerinti »*ius non scriptum*«-ot.²⁾

Lássuk azonban, miben áll e felfogás elméleti alapja és gyakorlati kivitele? Az elméleti alap tekintetében a kellő utalást megadja *Ulpianus* felosztása, a mely a rómaiás kútfői rendszer kiindulási pontja. (D. 1. 1. 6. 1.) »*Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto*...«, mely meghatározás támogatására

1) D. 1. 2. 2. 1.

2) L. a kérdés ez oldalának a jogalkalmazás methodikája szempontjából való tüzetesebb megvilágítására nézve »A jogalkalmazás módszeréről« cz. tanulmányomat. Budapest, 1909. ; 110. s k. o.

egyenesen a görög felfogásra hivatkozik : »... ut apud Graecos : τῶν νόμων οἱ μὴν ἔγγραφοι οἱ δὲ ἄγραφοι...«¹⁾

A római »ius non scriptum« fogalma e szerint a görög νόμος ἄγραφος-on alapszik. Legyen szabad tehát — ezúttal egész röviden — a görög elmélet idevágó álláspontjáról beszámolnom.

Az alapvető és mindvégig uralkodó feldolgozás Aristotelesnél található.²⁾ Mindenekelőtt Rhetorikájának első részében (A. 10. 1368.^b 7.) foglalkozik a jogi kútfők különböző nemeivel és ezekhez képest a νόμος-ok válfajairól ezt mondja : a jog vagy különös vagy általános érvényű. Különös jog az írott jog (καθ' ὃν γεγραμμένον πολιτεύονται), általános érvényű az íratlan (ὅσα ἄγραφα παρὰ πᾶσιν ὁμολογεῖσθαι δοκεῖν).

Mindjárt ugyanebben a részben a 3. fejezetnél közelebből is megjelöli a két fogalom közötti összefüggést. Itt már az íratlan jog a »különös érvénnyel« bíró pozitív jogrendszerrel szorosabb összeköttetésbe jut. E szerint a pozitív jognak egy része írott jogból, másrészt íratlan jogból áll. (A. 13. 1373.^b 4. s köv.) A philologusok között a két hely összeegyeztetése hosszas vitára adott alkalmat. Ellentmondást láttak abban, hogy Aristoteles »νόμος ἄγραφος« egyfelől a minden pozitív jog fölött álló »természetjogot«, másfelől pedig magának a pozitív jognak részét jelenti. Mellőzve az itt jelzett antinómia megoldására irányuló egyes kísérletek ismertetését,³⁾ csupán azt említem föl, hogy jogász részről Voigt ment bele e vitába és a »γράφειν« szónak különböző értelemben vehető jelentéseivel igyekezett Aristoteles

1) Megegyezően Inst. 1. 2. 3. : »Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos etc. ...«

2) Ez a pont jogász részről mindeddig ép oly csekély mértékben részesült figyelemben, mint az ἐπιστήμη-fogalom. A philosophiai és philologiai irodalomra nézve v. ö. : Dissen : Kleine Schriften. 161. s k. o. Hirzel : Ἄγραφος νόμος (Abh. d. fil. hist. Cl. der Kön.-sächs. Gesellsch. d. Wissensch. B. XX. H. 1. Leipzig. 1900.) és Themis, Dike und Verwandtes etc. (Leipzig, 1907.) 359. s k. o. Cathrein, S. J. Recht, Naturrecht, etc. (1901.) 101—102. o. Jogi írókra nézve Voigt : Das ius naturale. I. köt. 127., 175., 529. s k. o. és IV. k. 372. o. Pernice : Zeitschrift der Sav. Stiftung XXII. 1901. 82—95. o., Kraus, Grünh. Zeitschr. XXXII (1905) 613. o.

3) L. különösen Hirzel »ἄγραφος νόμος«-ában mondottakat. 4. s köv. o.

»ellenmondását« kimagyarázni,¹⁾ kevés sikerrel.²⁾ Holott ez a két különböző értelemben vett »íratlan jog« *Aristotelesnél* nem is fordul elő; mindvégig megtalálható az az *egységes* alapgondolat, a mely a »νόμος ἄγραφος«-on végigvonul és ez az alapeszme nem más, mint az »ἐπιεικεία« és »ἐπιεικὲς δίκαιον« fogalma, a görög »aequitas«, mely mindkét fordulatnál és — általában — az aristotelesi »νόμος ἄγραφος« minden változatában kiindulási pontul szolgál. Ez az »ἐπιεικεία« a tételes jog szempontjából semmi más, mint a jogrendszer alapeszméje, a helyesen felfogott és értelmezett jog; a »helyes jog«, a mely felé maga a tételes jog törekszik. Tehát a jognak az a jól felismert alapgondolata, melyet a törvény *betűszerinti* értelme tökéletesen visszaadni nem képes, hanem a mely csak a törvény alapeszméjének és az elbírálás alá eső dolog természetének gondos egybevetésével érthető meg. Ez az »ἐπιεικεία« egyfelől szemben áll az írott joggal, mint a mely csak általános, merev tételeket tartalmaz és csak egy bizonyos törvényhozó által szem előtt tartott körülményekre van tekintettel. E pozitív tételekkel szemben a dolog természetének minden követelményére figyelemmel lévő »ἐπιεικὲς δίκαιον«, csakugyan mint általános érvényű elv (νόμος κοινός) fogható fel. Így érti ezt *Aristoteles* is. Ámde másfelől az »ἐπιεικὲς δίκαιον« magának a törvénynek, a pozitív jognak is része, mint törvényértelmezési principium, a mennyiben magát az írott jogot úgy kell értelmezni, hogy az eredmény az »ἐπιεικὲς«-sel megegyezék. Ime, azért mondhatja *Aristoteles*, hogy a pozitív jog részint ἔγγραφος, részint ἄγραφος; ἔγγραφος, a mit a törvény *szószerint* kifejez, ἄγραφος, a mit — helyes értelmezéssel — abból *kiolvasunk*.

Még határozottabban juttatja kifejezésre ezt az összefüggést az »*Ethica Nicomachaea*«-nak XIV. fejezetében, a hol az ἐπιεικὲς fogalommal ismét részletesen foglalkozik. (E. 14, 1137.^a 31.) Azt mondja, hogy a δίκαιον és ἐπιεικὲς azonosak, mert mindkettő jó. Ámde — így folytatja — nehézséget okoz az a körülmény, hogy az ἐπιεικὲς-en nyugvó jog nem nyugszik közvetlenül a tételes jog értelmén, hanem annak inkább kijavítása.

1) Voigt: »Das ius naturale« stb. I. k. 197. o., 175. j.

2) Hirzel i. h.

(ἐπανόρθωμα τοῦ νόμου δικαιοῦ). Csakhogy ez a kijavítás nem a törvény ellenére, hanem *magának az írott jognak* intentiója alapján történik: Mert a »kiigazítás«-nak az az oka, hogy minden jogszabály csupán általánosságban mozog, már pedig az általánosság alapján eligazodni és helyesen döntení a legtöbb esetben nem lehetne. Másrésztől megint tekintetbe kell vennünk, hogy a törvény minden egyes esetet nem is dönthet el, hanem természeténél fogva csakis általános meghatározásokat adhat, egyáltalán nem ismervén félre azt a hibát, melybe ez által esik és mégis helyes ez az eljárása, mert a hiba sem benne, sem a törvényhozóban nincs, hanem kizárólag a dolog természetében (ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματος ἐστίν). Ha tehát előadódik olyan eset, melyre a törvény általános, merev szabálya nem alkalmazható, akkor a jog alkalmazójának kell helyrehozni az írott jog megalkotójának azt a mulasztását, hogy csak általánosságban fejezte ki magát. Ha ebben az értelemben igazítjuk helyre az írott jogot, azt tesszük, amit a törvényhozó maga is megtenne, ha jelen volna. Az ἐπιεικεία természete ez : helyrehozni, kiigazítani az írott jogot ott, a hol *általánossága folytán hibás vagy hiányos*. Ez az alapja az ἀγρατος νόμος«-nak.

Íme, ez az »ἐπιεικεία«-en alapuló íratlan jog elmélete *Aristotelesnél*. Ez az »íratlan jog« sem más, mint a méltányos jogalkalmazás révén érvényesülő jogszabályok összesége. Forrásszerű igazolását láthatjuk tehát annak, hogy a görög elmélettől átvett »íratlan jog« fogalma csakugyan ebben az összefüggésben állott az interpretációval és nem jelentett olyan szokásjogot, melyet a nép közvetlenül hoz létre. Ilyennek *Aristotelesnél* nyoma sincsen.

III.

Míg a görög tudomány jelentősége az *elméleti* kifejtésben rejlik az összefüggésnek gyakorlati illusztrációja nélkül, addig a római jog éppen megfordítva : a gyakorlati jogalkalmazás mesteri keresztyüvitelében tűnik ki, a kérdés elméleti megvilágításában kevésbé. A görög jogalkalmazásban az »ἐπιεικεία« principium kezelésének tudományára, avagy helyesebben művészetére nem is volt szükség. A szakbíró szigorúan alkalmazta a jogot. Ha az

említett »kiigazítás« (ἐπανόρθωμα τοῦ νόμου δικαίου) szükségessé vált, sajátos módszerrel segítettek magukon, t. i. a törvényhozási apparátust vették igénybe a bírói helyett: alkottak *törvényt* az illető esetre. Ezt a speciális ad hoc törvényt nevezték φήσιμα-nak,¹⁾ a mely közvetlenül és csakis abból a czélból jött létre, hogy az illető concret esetet eldöntse.

»Ugyanaz az eljárás — mondja *Aristoteles* — mint a lesbai építkezéseknél az ólomirányzék alkalmazása. Ez az ólomirányzék a kő alapjához simúl, ugyanígy a »φήσιμα« sem marad meg változatlanul, hanem a tényálláshoz igazodik.« (Eth. Nik. E. 14. 1137. b. 27—32.)

Annál értékesebb a római jogászok *gyakorlati* működése. A római jogban a jogalkalmazó feladata volt az aequitas követelményeit érvényesíteni. Épp így fejlődött ki a már érintett híres »interpretatio«, mely a fennálló tételes jog alapelveinek tiszteletben tartása mellett, sőt azok kiaknázása révén, az aequitason alapuló ius non scriptumot létrehozta.²⁾

Bizonyára nem túloz *Kipp*, midőn azt mondja: »Nincs egy sem a római jog ragyogó tételei között, melylyel annyi érdemet szerzett volna a halhatatlanságra, mint azzal a módszerrel, mi az aequitashoz való viszonyát szabályozta.«³⁾ És csakugyan: az a kimeríthetetlenül változatos jogélet, mely a Digestákban előtárul, azok a mesteri döntések, melyekkel a classikus jogtudósok a felmerült eseteket elbírálták: eleven igazolását adják a fent

¹⁾ V. ö. *Hirzel*: Themis etc. 56. old. 3. j.

²⁾ *Puchta*: »Cursus der Institutionen«. 4. kiad. (Rudorf, 1853.) 78. §. 516—517. o.; *Ihering* i. h. 58.; *Krüger*: »Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. (Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. I. 2.) Leipzig, 1888. 26. s k. o.; *Karlowa*: Römische Rechtsgeschichte. I. k., Staatsrecht und Rechtsquellen. Leipzig, 1885. 475. s k. o.; *Jörs*: Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik bis auf die Catonen. 1888. 71. s k. o.; *Sohm*: Institutionen. (A 13. kiad. szerint idézve, 1908.) 60—72. o.; *Pernice* i. h. XX. k. 151. o.; *Kipp*: Geschichte der Quellen des Römischen Rechts. 3. kiad. 1908. 8. s k. o.; *Ehrlich*: Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. I. k. 1 s k. o.; és *Lambert*: La fonction du droit civil comparé. 694. s k. o. A római jogtudomány idomító és jogfejlesztő befolyására nézve a szerződésjog rendszerének kiépítése terén l. *Farkas*: A római jog történelme I. k. (4. kiad. 1906. szer. id.) 298. s k. o.

³⁾ *Kipp*: Geschichte der Quellen etc. 8. o.

kifejtett aristotelesi fejtegetéseknek. Az élet eseteinek eldöntéséből és ezek indokolásából tanuljuk itt meg, hogy az *aequitas* a törvény tartalma helyes megállapításának tulajdonképeni előfeltétele. Számtalanszor hallhatjuk hangoztatni azt az alapelvet, hogy a tételes jognak alkalmazkodó képességgel kell bírnia, hogy a forgalmi élet változó igényeinek, a különböző esetek sajátoszerűségeinek mindig megfeleljen.¹⁾

De ha mindezt a törvény betűje közvetlenül nem fejezi ki, akkor mi sem természetesebb, mint hogy az *aequitas-principium* szakadatlanul új jogelvek létrehozására jogosítja fel a bírót. Az *aequitas* mint törvényértelmezési principium egyáltalán el sem választható az *aequitas* kiegészítő, sőt a törvény szó szerinti értelmét tartva szem előtt: helyesbítő szerepétől. Az *adiuvandi*, *supplendi* és *corrigendi gratia* fogalmai itt egybefolynak. Mert hiszen a »tényleges viszonyoknak mindig megfelelő«²⁾ jogalkalmazás szükségképen olyan új elveket tételez föl, melyeket az általánosságban mozgó írott jog közvetlenül nem tartalmazhat. Ez utóbbit tehát kétségtelenül ki kell egészíteni, sőt általános tételeit tekintve, ki kell javítani. Mindezt az *aequitas*ból meríti a jogász; az abban rejlő »nem írott jogot« az »írott joghoz« hozzáfűzi. Ezért mondjuk a római interpretációról, hogy közvetítő az élet és az írott jog között: »inter aequitatem iusque interposita interpretatio« (C. 1. 14. 1.); »aequitatis explanatio in qua iuris erat interpretatio...« (Cicero Rep. V. 2.) Az interpretatio volt az a fő csatorna, melyen át az *aequitas* a *ius civile* testébe behatolt.³⁾ Mindezek bizonyára feljogosítanak annak megállapítására, hogy a római magánjog terén a XII táblás törvény óta jelentkező »*ius non scriptum*« módszerileg nem tekinthető másnak, mint a jogalkalmazás *productum*ának.

1) Az *aequitas* általános érvényre emelkedésére nézve I. Vécsey: »A római jog institutiói.« 75. o. »A Labeo, Sabinus, Celsus, Julianus íránt egyforma tisztelettel viselő jogászok... műveiben megvan mind a jogászai finomság (*subtilitas*), mind a czélszerűség (*utilitas*). Amaz teremtette a külalak előkelőségét (*elegantia*), emennek köszönhető a tartalmat adó méltanyosság (*aequitas*).«

2) Windscheid: Lehrbuch d. Pandektenrechts. 9. kiad. I. k. 28. §.

3) Szentmiklósi: »A római jog institutiói.« IV. kiadás 1908. 11. oldal.

De hol marad akkor a »szokásjog«? A »ius moribus constitutum«, »consuetudo«, a »ius quod consuetudine venit«... etc. Szóval a történelmi jogiskola szemlélete szerinti »népmeggyőződésen« és hosszas »gyakorlaton« alapuló és minden bírói functio nélkül már a priori létező és perfect jogszabályi kötelező erővel rendelkező »szokásjog«?

A rendelkezésre álló segédeszközök útján (melyek közül a berlini kir. könyvtárban kéziratban levő czédula-catalogus a Corpus Juris Civilisnek egészen kimerítő tárgymutatóját adja),¹⁾ vizsgálat tárgyává tettem mindazokat a helyeket, a melyek a magánjog körében consuetudo, mos, usus-ról szólanak.²⁾ Ennek a nagy anyaghalmaznak ez a revisiója azt az eredményt mutatja, hogy mindössze két oly esetet találunk, a melyben az uralkodó elmélet értelmében vett *szokásjogról* van szó, írott jogra és annak értelmére való tekintet nélkül. Ezek: a kiskorú cselekvési képességének hiányára,³⁾ és az ú. n. curatela prodigira (gondnokság tékozlás esetén)⁴⁾ vonatkozó esetek.

Tény, hogy itt *valódi szokásjogi eredetről* (az uralkodó elmélet szellemében) történik említés. Ámde mindkét szabály eredete jogtörténelmileg *praehistoricus*.⁵⁾ A XII táblás törvény életbelépte óta nincsen egyetlenegy eset sem, melyben erre példát találhatnánk. Ellenben mindazokban az esetekben, melyekben a consuetudo-ra, mos-ra és usus-ra történik hivatkozás, megállapítható kétségtelenül, hogy ez a törvény alkalmazásával függ össze. E helyen említendőek mindenekelőtt azok az — egyébiránt az anyaggyűjtemény kisebb részét tevő — szabályok, melyek az írott jogtételek analog kiterjesztése révén érvényesülnek, a melyekkel az írott jog hézagait töltötték ki, és a melyek ez által ismételt alkalmaztatás következtében egész jogintézmények kialakulását eredményezték: minők — itt csak példákat említek — az

¹⁾ Eddig nyilvánosan is megjelent a Vocabularium iurisprudentiae Romanae. I. k. és a II. k. 1. füz. (1903., 1906.); a »consuetudo« onnan ellenőrizhető. I. k. 961—2. o.

²⁾ L. »A jogalkalmazás módszeréről« cz. id. munkám 150. s k. o.

³⁾ D. I. 6. 8. pr.

⁴⁾ D. 27. 10. 1. pr.

⁵⁾ Pernice: Parerg. Sav: Z. XX. 151. o. 2. j. Vécsey: »A római jog institúciói.« 170. §. 458. o. V. ö. Farkas, i. m. 25. §. 2. j.

in iure cessio, a mancipatio átalakítása, a mi a legfontosabb hitelügyletek egész sorozatát hozta létre, a testamentum per aes et libram, a filius familias emancipációja, a querela inofficiosi testamenti, a quarta legitima, a pupillaris substitutio, a házastársak közötti ajándékozási tilalom stb. Ez mind a ius non scriptum körébe vág és mind az interpretatio terméke.¹⁾ De helyesebb minősítés szerint: tulajdonképen nem is tartozik az uralkodó elmélet szerinti *valódi typikus szokásjog* körébe.²⁾ Ez a »ius non scriptum« inkább a »jogászság« kategóriája alá vonható.³⁾

Sokkal nagyobb számban szerepelnek azonban — és ebből a szempontból jelentőségükre nézve fontosabbak — azok a tételek, a melyek törvényhozói parancs nélkül közvetlenül az érdekelt körök gyakorlata következtében jöttek létre. Ha az ezeket feltüntető forráshelyeket — melyek a szóbanforgó forrásanyag *túlnyomó többségét* teszik ⁴⁾ — közelebbről elemezzük, azt látjuk, hogy e jogszabályok tartalmát (anyagát) maga az érdekelt közönség hozza létre az által, hogy bizonyos eljárást állandóan követ. Így pl. vételügyleteknél a duplae stipulatiót kikötöttnek tekintették,⁵⁾ csekély értékű dolgok eladásánál az eladót visszavételre (redhibitio) nem kényszerítették,⁶⁾ kölcsön esetén 4 vagy 5%-os kamatot fizettek,⁷⁾ haszonbérletnél elemi csapás esetén a

1) V. ö. *Sohm*: Institutionen. 63. s k. o. *Ehrlich*: Beiträge i. h.

2) »Melynek igazi, jellegzetes megnyilvánulása a nép jogi meggyőződése és magatartása által közvetlenül előálló szokásjog.« Jogalk. módsz. 120. o. V. ö. *Gény*: Méthode 320. l.: »La coutume nettement caractérisée par le double élément nécessaire à sa constitution fondamentale.«

3) V. ö. *Pfaff-Hoffmann*: Commentar z. öst. allg. B. G. B. I. k. 219. s k. o. *Neukamp*: i. m. 118. o.; *Vécsey*: Instit. 146. o., úgyszintén már *Jordan*: Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch. Arch. für die civ. Prax. III. évf. (1825). 232. l.

4) L. Jogalkalmazás módsz. 161. o.

5) D. 21. l. 31. 20. »quia adsidua est duplae stipulatio, ideo placuit ex empto agi posse, si duplum venditor mancipii non cavet: ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire«; D., 21. 2. 37.; D. 21. 2. 6.; V. ö. *Schwarz*: »Törvényjog és szokásjog«, Jogállam VI. (1907) 98. s k. o.; *Danz*: Rechtsprechung etc. 2. §. 7—8. o.

6) D. 21. l. 48. 8.: Simpliciarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est.

7) D. 26. 7. 7; 10.

haszonbért elengedték,¹⁾ hogy az »invectát« és »illatát« zálogjoggal terhelték meg,²⁾ hogy a zálogjoggal Itáliában a ius distrahendi-t,³⁾ Egyptomban a »lex commissoriát« kötötték össze stb.⁴⁾ Mindez többször ismételt cselekvésekben jelentkezett; az illető szakkörök, kereskedők, valamint maga a nagyközönség állandóan alkalmazták ugyanazt az eljárást, minek eredménye lett, hogy a már meggyökeresedett »consensus utentium«, »inveterata consuetudo«-vá tette azokat. A szóban forgó esetek tartalma bizonyítja, hogy itt úgyszólván *kivételesen* dispositív ügyleti szabályokkal találkozunk, melyek a felek ellenkező megállapodásának hiányában kötelezők. A római jog is abból indul ki, hogy a ki a szokásostól eltérő jogi következményt akar előidézni, az gondoljon arra, és fejezze ki magát nyíltan, mert ellenkező esetben a jog kénytelen lesz őt olyannak tekinteni, mint a ki a szokásost hallgatólagosan kikötötte.⁵⁾ Mint a modern theoria most már helyesen felismerte: ez a »hallgatólagos kikötés« dispositív jogszabálynak tekintendő;⁶⁾ a »tacita conventio« objectív jogi tétellé válik és erre mondja a híres forráshely: »diuturna consuetudo pro iure et lege in his,

¹⁾ C. 4. 65. 19.; C. 4. 65. 8. V. ö. Kiss Géza: A haszonbér elengedéséről (remissio mercedis) Budapest, 1903. 20. s. k. o.

²⁾ D. 20. 2. 3.

³⁾ V. ö. Ulpianus, D. 13. 7. 4.: »Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere«; szóval a hitelező ellenkező kikötés hiányában a zálogtárgyat eladhatta. Hasonlóan Paulus S. R. 2. 5. 1. V. ö. Girard-Mayr: Geschichte und System des römischen Rechts. Berlin, 1908. 849—50. l.

⁴⁾ A szokásos formula: ἐὰν μὴ ἀποδῶν, ὑποτίθῃ τοῖς περὶ τούτων νόμοις πᾶσι. Berliini, görög okiratok (B. G. U.) 301. 13. s. k. sor. »Ha pedig nem fizetném vissza, a hitelező a rendelkezésére bocsátott összes törvényes eszközökkel élhet.«) Hasonlóan B. G. U. 832. okirat 22. sor. Firenzei (P. Fior.) I. k. 1. sz. ok. Rainer fhg. (P. Rainer) 28., 32. sor. Pap. Cattavi I. 10. stb. A τὰ νόμιμα tartalmát, azaz a lex commissoria mikénti kihasználását szintén az usanceok állapították meg. V. ö. Mayer: Archiv für Papyrusforschung. III. k. 96. o. Wessely Anzeiger der historisch-phil. Classe der Kaiserl. Akademie Wien. XXXVIII. 101. s. k. o. Eger: Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit. Leipzig, 1909. 47. o.

⁵⁾ Jogalkalmazás 162. o. V. ö. Schwarz G.: Magyar Jogászegyleti Ért. XI. k. 4. f. 62. o. és Jogállam i. h. Eycken i. m. 153. o. Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. kiad. 1906. 94. s. k. o.

⁶⁾ Schwarz i. h. Danz i. h.

quae non ex scripto descendunt observari solet.«¹⁾ És az alapul szolgáló concret eseteket tekintetbe véve, nem lehet kétséges, hogy Julianus ismert fejtegetése is erre utal:

»Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.«²⁾

Közjogi elméletet itt Julianus nem akarhatott adni; ³⁾ csakis azt konstatálhatta, hogy vannak esetek, melyekben az átlagos consensus communisra támaszkodó szokás éppen olyan érvényű, mint az írott jogintézkedés.⁴⁾ A Corpus Jurisban *tényleg* található esetek mutatják, hogy ennek az elvnek tulajdonképeni hazája: a jóhiszemű ügyletek (bonae fidei iudicia) birodalma.

De vessük most már fel a kérdést: mi adja meg a szokás érvényesülésének *módszeri lehetőségét*?

Tagadhatatlan, hogy egyedül az aequitason alapuló helyes *interpretatio*. Hiszen — mint láttuk — ugyancsak az *aequitas* követelménye, hogy a mi szokásban van... »azt tekintetbe kell venni«, »ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire.« (D. 21. 1. 38. 20.) A bíró ezen az alapon érzi magát kötelezve arra, hogy az érdekelt körök szóbanforgó eljárását, gyakorlatát jogszabályok formulázására használja fel.⁵⁾ A kérdéses

¹⁾ D. 1. 3. 33.

²⁾ D. 1. 3. 32. 1.

³⁾ V. ö. *Vécsey*: Instit. 145. o. Ez a régi *köztársasági* felfogás...
Szentmiklósi: Institut. 16. o. V. ö. még *Pernice*: Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, XX. k. i. h.; hozzá *Jogalkalmazás* 178. o.

⁴⁾ Hasonlóan D. 1. 3. 35. »Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus, quam ea quae scripta sunt iura servantur«.

⁵⁾ V. ö. e kérdésre nézve *Nagy Ferencz*: A magyar kereskedelmi jog kézikönyve. I. k. 80. §. 40. o. és kül. *Grosschmid Béni*: Jogszabálytan. (Magánj. előadások, Budapest 1903) I. k. 337. o., valamint *Riegelsberger*: Pandekten. I. k. 22. §. 11. j. és 20. §. 96. o.

tényleges szokások így válnak jogszabálylá: így lesz abból a tényből, hogy a haszonbért elemi csapás esetén el szokták engedni, az a jogszabály, hogy ellenkező kikötés hiányában a haszonbér elengedettnek tekintendő» stb.» Mindezt az »ea quae sunt moris... debent venire általános jogelv parancsolja, ugyanúgy, a mint azt a modern törvények is elrendelik, midőn kimondják, hogy az ügyletek tartalma és általában a jogok és kötelezettségek mikénti gyakorlása a *forgalmi szokások* alapján felfogott *jóhiszeműség* szerint állapítandó meg.¹⁾ A forgalmi szokások így módon a »törvény által szentesített« szokásjoggá²⁾ válnak, mert a törvény a szabályozandó kérdést itt oly módon dönti el, hogy közvetlen szabályozás helyett egy másik forrásra, t. i. az érdekelt körök szokására utal.³⁾ Ugyanezt teszi a római jog is, midőn általános alapelvül állítja föl a bonum et aequum szerint elbírálandó jogviszonyokra nézve, hogy a »mos et consuetudo« alapján ítéltessenek meg. Mindazt tehát, a mit a bíróság a fennálló szokások alapján kimond, nem más, mint ennek az általános alapelvnek közvetett tartalma, ennek kifejtése pedig az interpretatio szerep-körébe tartozik, *quod erat demonstrandum*.

Összegezve tehát eddigi vizsgálódásaink eredményét, azt mondhatjuk, hogy inductiv alapon is, azaz a rendelkezésünkre álló római jogtörténelmi anyag átkutatása és elemzése révén, igazolva látjuk azt a tételt, mely kiindulási pontunk volt, a mit *Pomponius* akadémiai jellegű megjegyzései kifejeztek és a mit a rómaiak felfogásának alapjául szolgáló görög elmélet szerzője: *Aristoteles* kifejtett, hogy törvények uralma alatt élő nemzetek közt az »íratlan jog« csak úgy érvényesül, mint a fennálló jogtételek interpretatiója révén felszínre jutó joganyag alkalmazása.

Ime: ez az az alapgondolat, a melyre az úgynevezett *íratlan jog* jelenségének módszerei igazolását fektetni lehetne. Természetes, hogy a vizsgálódások terén a legnagyobb fokú óvatosságot és pon-

1) Német B. G. B. 157., 242. §§., franczia Code civil 1135. art. Sveiczai ptk. 2. art.; Tervezetünk. 980. §. 2. bek. és 1107. §.

2) *Danz*: Auslegung. 101. o.

3) »Közvetett törvénytartalom« *Schwarz G.* finom distinctiója szerint. (Jogállam i. h.)

tosságot kell tanúsítanunk. Hogy tehát ne első impressziókon alapuló elhamarkodott ítélet vezéreljen, a rendelkezésre álló egész anyag gondos, aprólékos elemzése válik szükségessé. Ennek a nagy feladatnak teljesítéséhez óhajtottam ezzel az alkalommal a kérdéses anyag egy egészen kis részletének kimerítő átkutatása révén néhány szerény adattal hozzájárulni, midőn a római jogi interpretatio és iratlan jog viszonyát a tárgyalta forráshelyekkel megvilágítani megkísérletem.
